

Das decisões finais dos Tribunais de Justiça ou de suas Câmaras ou Turmas revista é o recurso admissível nos termos do art. 853 do Código de Processo Civil. Cabe também de tais decisões o *recurso extraordinário*, sendo caso, na conformidade do art. 101, n.º III, da Constituição Federal.

O recurso de revista, importa notar, é independente de recurso extraordinário, sendo, entretanto, comum o prazo para a interposição de um e de outro; no caso, porém, de interposição simultânea, porque a decisão seja duplamente cabível, dos dois recursos, ficará sobrestado o processo do recurso extraordinário até o julgamento da revista.

\* \* \*

Esta, portanto, a ordem a ser observada na interposição dos recursos na primeira e na segunda instância, respectivamente, embargos (declarativos, infringentes ou de nulidade), agravo e apelação; e embargos (de declaração, infringentes ou de nulidade), revista e recurso extraordinário.

## Notas sobre a condenação a prestar uma declaração de vontade especialmente em relação às promessas de contratar.

### SUMARIO

*O pagamento — As obrigações de fazer — Os atos in-fungíveis — A prestação que consiste em declaração — A prestação jurídica — A promessa de contratar — Ordenação felipina — O art. 1.088 do C. Civil — A forma do contrato preliminar — A outorga uxoria — Os contratos susceptíveis de promessas com execução específica — A forma de execução : art. 1.006 do C. P. C. e lei n.º 649 de 1949 — As promessas de contratar e os terceiros — A execução de sentença — A reforma da sentença executada.*

A. LOPES DA COSTA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

### I

#### O Pagamento

Em sentido técnico, *pagamento* é a solução da obrigação. Neste significado o empregou o C. Civil (L III. T C II. C. II).

Solver uma obrigação é pois dar ou fazer o que se prometeu. *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.* (Ulpiano — Digesto 50, 16, 176).

A prestação há de consistir precisamente naquilo a que o devedor se obrigou, *quod promissum, le du, was geschuldet wird.*

Não pode ser substituída por outra, sem consentimento do credor. *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* (Digesto — de rebus Creditis L 2 § 1.º).

É princípio que todos os códigos consagram: brasileiro (arts. 863, 878, 947, § 1.º), alemão (§ 241), francês (art. 1.245), hespanhol (art. 1.166), italiano (art. 1.197).

## II

*As obrigações de fazer*

Aquela regra não encontra dificuldades na execução forçada das obrigações de *dar*. Se de quantia certa, penhoram-se os bens do condenado, os quais, vendidos em praça, fornecem o dinheiro necessário ao pagamento. Se de cousa certa, o oficial de justiça a apreende e entrega ao exeqüente.

Os obstáculos surgiram na execução forçada das obrigações de *fazer*.

Aqui, à citada regra que proíbe, sem consentimento do credor sub-rogar a prestação, outra se opôs: ninguém pode ser diretamente coagido a praticar o ato a que se obrigou. *Nemo precise ad factum cogi potest*.

O C. C. francês a formulou em termos demasiado gerais: "*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages — intérêts en cas d'inexécution du débiteur*".

Melhor se exprimiu o nosso legislador: C. C., art. 880 — Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação *a ele só imposta ou só por ele exeqüível*.

Art. 881 — Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandar executá-lo à custa do devedor, havendo recusa ou mora dêste, ou pedir indenização por perdas e danos.

É que aqui se distinguem os atos *infungíveis*, a única espécie em que não é possível, em execução forçada, fazer que o credor receba precisamente a prestação que lhe é devida.

Sem embargo dos termos gerais do art. 1.142 do C. C. francês, que aliás como notam GARSONNET ET BRU, permite no art. 1.143 a destruição à custa do devedor do que êste fez em violação do contrato e no art. 1.144 concede ao credor executar a obrigação à custa da parte inadimplente, a jurisprudência criou o meio de execução pelas *astreintes* e chegou à sub-rogação, pela sentença, do ato jurídico a que a parte se obrigou (GARSONNET ET BRU — *Procédure* — vol. IV, págs. 10 e seguintes — PLANIOL — RIPERT — *Trad. cubana* — vol. VI, n. 154).

## III

*Os atos infungíveis*

Atos há para cuja execução o devedor pode ser substituído, sem que disso resulta prejuízo algum para o credor. (C. C, art. 801. C. P. C.

Outros, porém, só por êle podem ser praticados, devido à sua capacidade técnica ou artística ou a ser êle a única pessoa que tem ciência de um determinado fato, como no caso de entrega de cousa ou pessoa que êle oculta; no das informações que o comissário deve prestar ao comitente sobre o negócio realizado; no dos esclarecimentos que o guarda-livros tem o dever de prestar ao interessado na verificação da escrita. Ou quando se trata de uma obrigação de dar ligada a uma de fazer e que, por lei e por contrato, pode ser cumprida apenas por quem monopolize o serviço.

Não há então meio direto de chegar ao resultado necessário à satisfação do direito do credor, mesmo que o ato pretendido seja apenas uma declaração de ciência.

O mais que se pode fazer é tentar a execução que os processualistas chamam de *execução indireta* e que, entretanto, fica sempre arriscada a uma tentativa baldada de execução.

Recorre-se à coação psicológica: multa, prisão. (C. P. C, art. 999 — *Ordenança alemã*, § 888).

O condenado, entretanto, pode resistir e não se deixar dobrar.

O reino do mal também possui os seus heróis, capazes de resistir a todas as possíveis torturas.

AVERRARA (*L'esecuzione processuale indiretta*) refere o caso da Princesa de Beauffremont. Condenada, em processo de divórcio, a entregar os filhos ao marido, não quis obedecer ao julgado e ocultou as crianças. O tribunal lhe impôs pesada multa por dia de retardamento. Sujeitou-se e resistiu. Mudou-se para a Alemanha, onde o marido a perseguiu, recorrendo ali também ao *Zwangsmittel* da multa. Não cedeu ainda. Transferiu-se para Bruxelas, onde afinal a justiça belga se recusou a continuar a aplicar-lhe o regime das *astreintes*, que considerou como arbitrária aplicação do direito de punir. GARSONNET ET BRU referem o mesmo caso (*Procédure* vol. IV, págs. 49, nota 5).

## IV

## A prestação que consiste em declaração

A declaração é um *facere*. A declaração de ciência é insubrogável. Só quem oculta pode informar às vezes o lugar onde ocultou. Só o guarda-livros, muita vez, pode explicar um lançamento que fez.

O mesmo, entretanto, não sucede com as declarações de vontade. Nas declarações de ciência o interesse do credor prende-se estreitamente à palavra do devedor, porque só através desta pode êle chegar ao resultado que procura.

A palavra do devedor ali, evidentemente, não encontra o que possa substituí-la. O mesmo não sucede com as declarações de vontade.

O credor aqui não visa a um resultado material, direta e imediatamente, mas apenas uma consequência jurídica. Se, por outro meio, puder a ela chegar, independente da

vontade do devedor, estará conseguida a execução específica.

É a lei que, da declaração de vontade do devedor, por exemplo, na compra e venda: de que vende tal coisa, ao comprador, pelo preço de tanto, tira a consequência de que o primeiro se obrigou a transferir o domínio. (C. C. art. 1.122).

É o efeito jurídico apenas que interessa ao credor. É a lei que soberanamente estabeleceu as causas das quais tal efeito deriva.

Pode, desta sorte, outras criar que levem ao mesmo resultado. Substituir a vontade da parte pela vontade do Estado, para tornar possível uma prestação de natureza puramente jurídica (*Recchtsleistung* — KOHLER — LEHRBUCH — vol. II — Parte I, págs. 43, § 14). Uma prestação que se reduz a modificar uma situação jurídica.

"No domínio dos atos jurídicos a ordem jurídica é soberana". KOHLER — 1. c.)

"O Estado, atuando no processo a própria vontade, prescinde quanto pode da vontade do particular. Toma-lhe os bens, tira-lhe a posse das cousas, destrói-lhe a obra ilegalmente feita, tudo contra a vontade dêle. Longe de querer como representante do obrigado, o Estado, a despeito dêle, quer por conta própria. Substitui a atividade alheia só neste sentido: de que, com a própria atividade, consegue resultados econômicos e jurídicos, que normalmente poderiam obter-se com a atividade do devedor". (CHIOVENDA ENSAYOS. T. ad. *Sentis Mellendo* — Vol. I, 215).

Já o velho POTHIER fazia essa distinção entre atos que modificam as cousas do mundo exterior e atos que modificam as cousas do mundo jurídico. (VENTE, 480).

## V

## A prestação jurídica

A prestação jurídica pode surgir num contrato definitivo: a obrigação, por exemplo, de renunciar a um direito,

de pedir demissão de um cargo, um consentimento, uma quitação. Um ato jurídico unilateral. Ou de um contrato em que se promete um outro: pré-contrato, contrato preliminar, promessa de contratar, compromisso de contrato.

O devedor pode não querer cumprir a prestação a que se obrigou. O Estado suprirá, em execução forçada, a atividade do promitente.

## VI

## A promessa de contratar

É esse o campo em que é mais comum a necessidade da sentença constitutiva. Principalmente nos contratos reais.

Promessas de contratar, obrigações de contratar. É a denominação que nossas leis justamente preferem. (Dec. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, letra a, n. 14).

A expressão "compromisso" já tem um significado especial. (Compromisso arbitral — C. C., art. 1.037) "Pré-contrato" (*Vorvertrag*, de criação de VON THOEL, dá a entender apenas "um contrato antes de outro", não, porém, que o primeiro tenha como finalidade a conclusão do segundo (WINDSCHEID — PANDETTE — *Trad. FADDA E BENSA*, vol. II, § 310). "Contrato preliminar", "contrato preparatório" lembram preliminares de contrato, conversações preparatórias de contrato, *pour-parlers*, *tratative*, *Tratakte*, que não produzem vínculo jurídico algum.

PLANIOL — RIPERT preferem a palavra "*promesse*". Os italianos adotam "*contratto preliminare*".

É difícil, como observa WINDSCHEID, a escolha de um termo perfeito (L. C.).

É "contrato preliminar" serve para opor-se a "contrato definitivo", que é o termo final visado pela vontade dos contraentes.

Os Romanos conheceram a promessa de contratar: *pactum de contrahendo*. Nasceu da preparação dos contratos reais, isto é, dos contratos *qui re fiunt*, nos quais a obrigação não resultava do simples consenso das partes, mas exigia um ato real, a entrega, de uma parte, e de outra a aceitação, de uma coisa.

Antes desse ato, não podia haver contrato real, que só se aperfeiçoava com a tradição da coisa prometida. Poderia haver apenas um contrato preliminar, *pactum de contrahendo*, um mútuo, por exemplo (VON CZYHLARZ — *Lehrbuch der Institutionen des Roemischen Rechtes* — § 183).

O contrato definitivo se integrava com um *dare*. O preliminar se concluía *verbis*. A princípio, no direito antigo, com a forma solene da *stipulatio*. Na época clássica, por influência grega, introduziu-se a forma escrita. O escrito fazia presumir que as partes oralmente houvessem estipulado. (PAULO — V. 7.º, 2).

*Astipulatio* a princípio somente podia ter por objeto um *dare*, criando uma certa *obligatio*, uma obrigação logo individuada em coisa certa, como a constituição de propriedade sobre uma coisa singular ou um gênero, individuado pela qualidade e pela quantidade.

Um ato (*facere*), uma abstenção, uma paciência eram objeto de *incerta stipulatio*. (SOHM — *Institutionen*, 375).

A princípio, as *stipulationes incertae* eram desprovidas de ação. Para assegurar-lhe o cumprimento, a parte recorria à estipulação de uma pena.

Mais tarde, na época clássica, o cumprimento da *stipulatio incerta* era assegurado pela condenação do inadimplente a satisfazer perdas e danos. A estipulação da multa era a prévia fixação da importância do prejuízo. (CUG — *Institutions juridiques des Romains*, 414 e segs).

Em direito romano, o inadimplemento de uma obrigação de fazer se reduzia sempre à satisfação do prejuízo.

"Se eu estipular uma pena para o caso em que não me queiras emprestar dinheiro, a estipulação é certa e útil.

Se, porém, houver estipulado por esta forma: "Prometes emprestar-me dinheiro?", a estipulação é incerta, porque compreende minhas perdas e danos". (PAULO — *Digesto* — *De verborum obligationibus* — 45-1-68).

## VII

*A ordenação felipina do L. IV, T. XIX, § 2.º*

As Ordenações Felipinas do Livro IV, Título XIX, § 2, já se referem à execução específica das obrigações de emitir declaração de vontade.

Se a parte promettesse concluir um contrato, para o a escritura pública não fôsse exigida *ad substantiam*, combinando reduzi-lo a escritura, ao que depois se negassem, seria forçada a cumprir a promessa se em juízo a confessasse. "E quando as partes afirmassem entre se alguma convença, de que a escritura não fôsse da substância do contrato, pôsto que depois de a terem simplesmente afirmada, dissessem que fôsem fazer escritura, sendo a coisa sôbre que se fez a convença ou a quantia tal que segundo nossas Ordenações não se possa provar senão por escritura pública, se a parte confessar que a convença foi entre elas afirmada, será constrangida a fazer dela escritura".

Não dizia, porém, qual fôsse a forma dêsse constrangimento. A praxe, porém, seguida o meio da sub-rogação: a sentença, passando em julgado, produziria o mesmo efeito do contrato.

CANDIDO MENDES refere uma do desembargador OLIVEIRA no Repertório de SILVA PEREIRA: Nunca vi na prática fazer-se êsse constrangimento real, senão que em semelhantes casos se manda na sentença que a parte faça escritura; e não a fazendo fique a mesma sentença valendo como se o fôra". (Ords. *Felip*, nota 2 à citada ordenação).

Essa praxe é atestada ainda por CORRÊA TELLES (*Doutrina das ações* — nota 832) e LEITE VELHO (*Execuções*, art. 334).

A solução foi, porém, sendo esquecida. O eminente COSTA MANSO, quando juiz de direito, recusou aceitá-la, por não encontrar lei em que a apoiasse. Só nos casos expressos na lei a sentença pode ser constitutiva de direitos. (*Casos julgados*, 108).

Na Itália, CHIOVENDA, comentando uma sentença da Corte de Cassação de Roma, examinou êsse problema. Então escrevia: "Há nas leis normas meramente declarativas de princípios que já estão contidos no sistema jurídico a que pertencem.

Tais normas podem ser oportunas, não necessárias. Sua falta não significa silêncio, mas apenas a recomendação ao intérprete para que recorra aos princípios. A tal espécie pertencem as conhecidas disposições da lei alemã, segundo a qual uma declaração de vontade que alguém esteja obrigado a prestar se tem como prestada assim a sentença que a prestar condene passe em julgado.

O princípio geral que em nosso direito fica, por assim dizer, a descoberto, por ausência de normas semelhantes aquelas, deriva da própria natureza da ordem jurídica e da existência do processo.

E é êste: "O processo, tanto quanto praticamente possível, deve dar ao titular do direito tudo o que êle legitimamente pretende.

E não está consagrado em texto algum. Não existe norma que ao credor do mútuo assegure ação para receber o pagamento. As normas do Código Civil regulam obrigações das partes, não a ação. O processo, como organismo público de atuação da lei, é por isso mesmo fonte de tôdas as ações praticamente possíveis". (*Ensayos — Trad. Sentis — Mellendo — Vol. I, págs. 214*).

O novo Código Civil italiano, todavia, embora consagrando a solução proposta por CHIOVENDA (a sentença produziu o mesmo efeito do contrato — art. 2.932), julgou entretanto declarar no art. 2.908 que só nos casos expressos em lei pode a sentença constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Em verdade, as sentenças constitutivas representam uma atividade por assim dizer excepcional da função judicante: são atos de jurisdição voluntária, revestidos da forma de ação. (SCHUTKA-GRUNDRIS, 68).

Afastada assim a solução pela sentença sub-rogatória e não sendo possível, sem lei expressa — e aqui o obstáculo é inegável (CHIOVENDA, I. C.) recorrer-se às multas coercitivas ou à prisão compulsória (Ordenança alemã, § 888), o problema da execução específica das obrigações de prestar declaração de vontade ficou por algum tempo esquecido.

## VIII

## O artigo 1.088 do Código Civil

A questão entrou, porém, de novo em ordem do dia com a interpretação do art. 1.088 do C. Civil:

“Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, *ressarcindo a outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097*”. É ele, na sua oração principal, a reprodução do preceito da ordenação do Livro IV, Título IX, proêmio.

“Se algumas pessoas fizerem contrato de venda ou de outra qualquer convença e ficarem sem fazer escritura dêsse contrato, antes que a tal escritura se faça, se pode arrepender e arredar da convença o que havia de fazer a escritura. E isto haverá lugar quando o contrato for tal que segundo direito não possa valer sem escritura e que a escritura seja da substância do contrato...”

ANDRADE FIGUEIRA opôs-se a que no Código figurasse tal artigo. “Não havendo instrumento — dizia — não há contrato e ninguém pode pedir indenização por um ato que não chegou a formar-se”. (Trabalhos — Vol. VI, 5).

Não tinha razão o ilustre censor. A responsabilidade não nascia, nem poderia nascer, do contrato definitivo,

pois esse não existia, desde que para sua existência era essencial o instrumento público que não fôra lavrado.

Nascia, porém, do contrato preliminar, cuja inadimplência consistia precisamente na recusa em dar a promessa da escritura.

O pensamento do legislador, na citada ordenação do livro IV era evidentemente este: 1.º — a escritura era da substância do contrato ou apenas necessária à sua prova 2.º — se era da substância e a promessa por aquela forma não havia sido feita, a convenção não tinha valor e a parte poderia livremente arrepender-se. Se, porém, o contrato preliminar se houvesse revestido da mesma forma de que deveria revestir-se o contrato definitivo, a parte inadimplente poderia ser “constrangida” a cumprir a obrigação.

Essa conclusão ressalta do preceito que ordenava constranger a parte inadimplente a dar a escritura definitiva, quando essa não fôsse da substância do contrato e se confessasse a promessa.

Com efeito, teria desaparecido a razão da lei: a declaração de vontade tinha sido feita em escritura pública.

Não me parece, a meu obscuro entender, tenha sido diversa a construção de nosso artigo 1.088. Apenas uma nota o distingue: a diversidade da sanção, quando a reduz à satisfação de perdas e danos, enquanto as ordenações mandavam recorrer à coação.

CLOVIS, comentando-o, ensina que o texto compreende duas hipóteses: a) não existe um contrato preliminar; b) houve promessa.

No primeiro caso, a parte pode livremente arrepender-se, até o momento em que o ato se tenha revestido da forma prescrita em lei.

Estaria aí consagrado o princípio de que, embora feita em momento anterior, a declaração de vontade só produz efeito depois que se tenha revestido da forma prescrita em lei. O acôrdo das vontades não precisa coincidir com o momento da sua redução a escrito, salvo na escritura pu-

blica, na qual as partes se obrigam *verbis* perante o tabelião, que imediatamente escreve o que elas em sua presença disseram. (VON TUNR — *Teoría general del derecho civil aleman*, vol. 4, pág. 179).

Quando o instrumento é particular, a declaração de vontade quase sempre o antecede, por palavras. Depois é que a convenção se redige.

Mesmo, porém, na escritura pública, as partes, antes de comparecerem perante o notário, já trocaram oralmente suas declarações, e definitivamente nelas se firmaram.

Todavia, conforme o princípio enunciado, se o ato tem forma prescrita em lei, os efeitos dessas declarações somente depois de cumpridas as formalidades exigidas se produzem.

Pela redação do artigo 1.008, entretanto, não me parece que êle se tenha referido àquela regra.

É um período só, em que a oração principal “pode arrepender-se” está modificada pela subordinada condicional “ressarcindo à outra as perdas e danos”.

Não havendo contrato preliminar, não se entenderia aquela obrigação de indenizar, pois igualmente não havia contrato definitivo. Inexistia obrigação de qualquer espécie, pois lhe faltara qualquer espécie de fonte.

Aquêle “pode” (“pode arrepender-se”) da oração principal não exprime um “direito”, mas um simples “fato”, uma possibilidade material, pois evidentemente não se pode considerar exercício de um direito a violação de um contrato.

“Pode arrepender-se”, porque *nemo precise ad factum cogi potest*. Na execução específica não se obriga a parte a contratar. Põe-se à margem a sua recusa e procura-se, por outra forma, obter o mesmo resultado a que se visa.

A referência aos artigos 1.094 a 1.097 resolve sobre as cláusulas que tenham sido incluídas no contrato preliminar. Convencionou-se o arrependimento. Não haverá lugar para perdas e danos. Deram-se arras confirmatórias: a parte

não se pode arrepender. Arrependendo-se, perde as arras e indenizará ainda o prejuízo que houver causado. As arras eram penitenciais: aplica-se o art. 1.095.

A sanção da inadimplência era assim reduzida à satisfação de perdas e danos.

## IX

## A forma do contrato preliminar

PHILADELFO AZEVEDO, resolvendo a relação entre a forma do contrato preliminar e a do contrato definitivo, estabelece que a) o contrato preliminar que não revista a forma do contrato definitivo dá lugar apenas à satisfação por perdas e danos; b) quando a forma seja a mesma, leva à execução específica.

Essa construção tem predominado, na doutrina e na jurisprudência. Os fundamentos em que se opoia são os seguintes. Para a execução específica se exige a mesma forma, porque tal forma é exigida para o consentimento, que o obrigado nunca deu por aquêle modo.

Para as perdas e danos, porém, não há transmissão do domínio, nem constituição ou transferência de ônus reais. Há apenas uma obrigação de fazer, cujo inadimplemento conduz à responsabilidade pelo prejuízo causado. (C. C., art. 880).

O Código Civil não prescreve forma especial para as obrigações de contratar. (ESPÍNOLA — *Manuais Lacerda* — Vol. III — Parte Terceira).

Não se trata de forçar a parte a realizar precisamente o que prometera, substituindo seu consentimento para um contrato em que a declaração de vontade devia revestir-se de forma especial.

Em verdade, toda vez que a lei para um ato exige determinada forma essa se destina a garantir a liberdade das partes, sua ignorância, sua possível debilidade de espírito,



resguardar o declarante contra precipitações e abusos da contra-parte. (KONLER — LENRBUCH — Vol. I, 554 — VON TUHR — *Obligaciones* — Vol. I, 191 — PLANIOL — RIPERT — *trad. cubana* Vol. VI, 201).

“Fôra completa subversão da ordem jurídica se alguém, sem aquela segurança exigida para que se pudesse obrigar, fôsse coagido a obrigar-se. O negócio principal não seria concluído, mas poderia ser extorquido. O ato contrário à razão jurídica triunfaria, enquanto haviam faltado as seguranças que a razão jurídica estabelecera”. (KOHLER — I. C.).

Ora, na condenação a satisfazer perdas e danos não se supre a declaração da parte no contrato definitivo, que ela assinará ou não assinará, como bem entender.

É essa — como dizem PLANIOL — RIPPET — em verdade uma tendência da doutrina e da jurisprudência a de restringir o mais que possível as exigências do formalismo. (*Tratado — Trad. cubana. Vol. VI*).

Assim é que no direito francês a promessa de hipoteca pode ser provada por escrito particular. (BAUDRY — *Lacantinerie Tr.*, vol. 25, n.º 1.407 — AUBRY ET RAU — *Tr. Vol. III*, pág. 465). — Como a de sociedade. (HOUPIN ET BOVIEUX — *Tr. des Sociétés* — Vol. I, n. 282, *apud* PLANIOL — RIPERT, vol. cit., pág. 200, nota 2).

Essa tendência, entretanto, deve ser recebida com muitas reservas. PLANIOL — RIPERT a censuram. (L. C.).

Com efeito. Não parece muito jurídica essa construção de um contrato que ao mesmo tempo é e não é válido. Sem valor para o contraente ser obrigado a dar precisamente o que prometeu. Válido, para em lugar da prestação pactuada, vê-la transformada num substitutivo.

As perdas e danos funcionam aqui como verdadeira coação psicológica (*astreintes, Zwangsmittel*), forma de execução que se destina à consecução da execução específica. Com efeito, normalmente, se, por exemplo, na com-

pra e venda, a importância do preço corresponde ao valor do imóvel, o cumprimento da promessa é menos prejudicial que o pagamento da indenização. Realizado o contrato definitivo, o patrimônio do vendedor fica tal qual era, na sua quantidade. Havia ali um prédio no valor de  $x$ . Depois da venda há  $x$  em dinheiro. Pagando perdas e danos, o vendedor vê sair de seu patrimônio determinado valor, sem que, em compensação, nada para ali tenha que entrar para o ativo.

Na promessa de fiança a equivalência entre as perdas e danos e a sub-rogação do contrato pela sentença não apresentam diferença alguma. O resultado obtido é exatamente o mesmo. A lei prescreve forma especial para a fiança: o escrito. (C. C. art. 1.483) Admitida a promessa verbal, com obrigação de o fiador responder por perdas e danos, o resultado obtido pelo credor é o mesmo. Se houvesse fiança, o fiador teria que satisfazer as obrigações do devedor inadimplente. As perdas e danos consistirão precisamente nisso.

Nossa jurisprudência está entretanto firmada, no sentido exposto: dispensar a forma prescrita para o contrato definitivo e admitir que sem ela o preliminar obrigue à satisfação do prejuízo.

## X

## A outorga uxória

É outro ponto sobre o qual também se tem travado o debate. A mim parece indispensável a outorga uxória, para o contrato preliminar, quando a exija o contrato definitivo, quer para o contrato levar à execução específica, quer para concluir pela satisfação de perdas e danos.

Já as Ordenações do Livro IV, Título 48, § 1.º, dispunham.

“E, obrigando-se o marido a trazer outorga de sua mulher a certo tempo, e sob certa pena, não pagará a pena, nem incorrerá nela, pôsto que não a traga, porque desta



maneira esta lei seria defraudada, porque tanto dano receberia a mulher pagando-se a pena, como valendo a venda sem seu consentimento".

"É nula qualquer pena convencional". (BORGES CARNEIRO — *Direito civil de Portugal* — Vol. II, § 120). La fayete repete a mesma lição. (*Direito de família* — § 61, nota 4).

A satisfação das perdas e danos ir-se-ia fazer à custa do patrimônio do casal. E à mulher, que nada prometeu, oferecer-se-ia o seguinte dilema: ou dar o consentimento (que não prometera) ou pagar perdas e danos.

Não se pode dizer que o marido, contratando, promete fato de terceiro — a mulher. E recorrer ao art. 929 que declara o promitente, em caso de recusa do terceiro, responsável por perdas e danos.

Na promessa de terceiro, este nada tem a ver com o negócio. Cumprirá ou não cumprirá a promessa, conforme quiser, sem que de sua recusa lhe possa resultar qualquer consequência jurídica.

Só o promitente fica obrigado. O patrimônio do terceiro fica absolutamente a salvo de qualquer prejuízo.

Entretanto, isso aqui não sucede, pois a sentença que condenar a perdas e danos será executada no patrimônio comum.

## XI

*Os contratos suscetíveis de promessa com execução específica*

A regra geral é que se pode prometer a conclusão de qualquer contrato. Excetuam-se porém:

1.º) — as promessas que tenham por objeto atos que devam constar de documentos autônomos, cujos efeitos estão indissolúvelmente ligados à forma, como sucede com os títulos cambiais.

Não pode a sentença sub-rogar a assinatura do sacador ou do avalista ou do emitente.

2.º) — as promessas de obrigação alternativa, a escolha do devedor.

Com efeito, antes de precisar-se o objeto da prestação, não será possível a sentença condenar a uma delas. Seria o juiz que estaria escolhendo.

E, pois, necessário que antes da sentença se tenha afastado esse obstáculo, provocando a manifestação do devedor. (C. C. art. 891).

3.º) — os contratos com a cláusula de arrependimento (*Lei 649, de 11 de março de 1949*).

4.º) — a promessa de entrar para uma sociedade, pois a sentença não pode valer contra os outros sócios, sem cujo consentimento tal ingresso não é possível. (WEISMANN).

## XII

*A forma de execução — O art. 1.006 do C.P.C.*

Antes do Código de Processo Civil, havia quem sustentasse ser a forma da execução específica a da sentença sub-rogatória, substituindo o contrato.

Em falta de texto, a solução era, como vimos, um tanto duvidosa.

O C. P. C., porém, trouxe outra solução em seu art. 1.006, copiado do § 894 da Ordenança alemã.

C. P. C., art. 1.006: "*Condenado o devedor a emitir uma declaração de vontade, será esta havida como enunciada, logo que a sentença de condenação passar em julgado*".

Ordenança alemã, § 849: Condenando o devedor a emitir uma declaração de vontade, esta se terá como prestada, assim que a sentença transite em julgado. (*Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.*)

Essa forma abrangia não somente os atos bilaterais, como os unilaterais (a renúncia, o pedido de demissão, por exemplo).

O texto não foi, apesar de sua clareza, corretamente interpretado.

Alguns tribunais entenderam que a sentença condenatória valia como se fôsse a escritura do contrato. (*T. J. do Distrito Federal, ac. de 19 de setembro de 1944 — Arq. Jud. 73/232 — T. J. de S. Paulo, ac. de 23 de abril de 1945 Rev. For. 103/479*).

Se era essa a solução da antiga praxe, já referida, não era mais evidentemente a do direito positivo, que, ao contrário de consagrá-la, dela se afastou.

Em verdade, que diz o artigo? — Que, “condenado o devedor a emitir cuja declaração de vontade, será esta havida como enunciada...”

Que é que se supre? Que é que se tem como enunciado? — A declaração de vontade do devedor. Num contrato de compra e venda, por exemplo, a declaração de que se compra ou de que se vende.

Não é pois ainda o contrato, mas uma declaração de vontade necessária para sua conclusão.

A sentença não é declaratória porque não declara um direito preexistente. Ela trata justamente de alcançar a sua constituição. Não é ainda constitutiva, porém, porque não constitui logo êsse direito. O que ela constitui é apenas a declaração de vontade de uma parte que se recusa a prestá-la.

Tem-se com ela apenas a declaração de uma das partes. E a da outra.

Dir-se-á que esta já se manifestou na inicial. Mas não é exato. O que ali se pediu foi apenas que o réu fôsse condenado a prestar. Não se pode num contrato admitir vontade implícita. A vontade há de ser expressa.

É assim que os comentadores alemães interpretam o seu texto, que reproduzimos em nosso código.

“A sentença passada em julgado — diz WEISMANN — substitui qualquer forma de declaração. Não substitui, entretanto, a declaração do credor, nem um ato jurídico posterior necessário, como a transcrição no Registro de Imó-

veis. Tão pouco a entrega da coisa para a transmissão do domínio.

Se, por exemplo, é necessária a escritura pública, deve o credor fazer sua declaração de vontade perante o notário, exibindo no momento certidão da sentença transitada em julgado.” (*LEHRBUCH — Vol. II, pág. 228, n.º II e nota 1*).

Tal como sucede com a sentença que supre o consentimento, por exemplo, o da mulher, para o marido alienar bem imóvel. O marido, com a certidão da sentença, vai a cartório e, exibindo-a, faz o tabelião lavrar a escritura. O alvará supre a presença da mulher, pois já dispensou a sua autorização.

## XIII

*A lei 649, de 11 de março de 1949, dispôs:*

Art. 1.º — Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos termos do art. 16 dessa lei (*o Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, sobre venda de terrenos loteados*).

Desta sorte, a execução específica dos contratos de compra e venda de imóveis não mais se faz pela forma do art. 1.006 do C. P. C.: a sentença substituindo apenas a declaração de vontade de uma das partes, mas por forma de sentença de adjudicação.

Uma terceira modalidade, além das outras duas: a do art. 1.006 e a da sentença sub-rogatória do contrato.

A mais geral e compreensiva é a do art. 1.006. A sentença como sucedâneo dos contratos apenas a estes se aplica. O legislador da lei 649 escolheu a mais complicada — a adjudicação. Com uma circunstância que lhe agrava a falta de sistema: restringindo-a aos contratos de

compra e venda de imóveis, de sorte que, para compra e venda de móveis, a forma será a do art. 1.006 do C. P. C., que também abrangerá todos os mais casos em que haja obrigação de prestar declaração de vontade.

## XIV

*As promessas de contratar e os terceiros*

O novo C. Civil italiano exigiu registro apenas à inicial da ação que tenha por objeto a constituição de um título hábil à formação de um direito real. Uma vez feita, assegura prioridade à transcrição da sentença final. (Art. 2.652).

Nosso legislador melhor garantiu o interesse dos promissários mandando constar do registro o contrato preliminar, evitando assim as várias promessas do mesmo imóvel a várias pessoas e a venda em prejuízo da parte na promessa. (Lei 649, citada — Dec. 4.857, de 1939, art. 178, letra a, n.º XIV).

No que há, porém, desnecessário exagêro, é na lei 649 não se permitir execução específica de promessas não registradas e no Regulamento dos Registros Públicos exigir-se a inscrição para a validade do contrato entre as partes.

Suponha-se que o promitente não haja feito mais que um contrato preliminar e não tenha alienado o imóvel prometido. Não será absurdo negar-se a execução específica por falta de registro?

O registro somente para garantia de terceiros devia ser exigido. Ficaria ao interessado providenciar ou não a inscrição, dando ou não ao contrato a natureza de real, um direito de seqüela, como aquêle que assegura a penhora inscrita. (LOBÃO — *Execuções*, § 628 — PEREIRA e SOUSA — *Primeiras Linhas*, nota 575 — REBOUÇAS — *Obs. nota ao art. 835, § 3.º*).

## XV

A finalidade do credor da prestação jurídica não se reduz muita vez a obtê-la somente, mas, em consequência dela adquirir a posse de uma coisa, direito a que aquela declaração serve de título. Essa posse é em certos casos indispensável à aquisição do domínio. Na venda de coisas móveis, por exemplo, o domínio só se transfere com a tradição. (C. C. art. 620). Na de imóveis, a transferência se opera pela transcrição. Mas, adquirido o Sumário, o comprador tem direito à posse. (C. C., arts. 530 e 531). O penhor só se aperfeiçoa com a entrega da coisa. (C. C., art. 768).

Desta sorte, a sentença que na forma do art. 1.006 do C. P. C. substitui a declaração de vontade da parte ou que, nos termos do art. 2.º da citada lei 649, adjudica o imóvel ao promissário, não pode levar àquela finalidade real, pois não é sentença de condenação à entrega de coisa certa. Fornece apenas um título em que outra ação terá fundamento.

Se, pois, o autor, na ação em que exigir a prestação do contrato ou da declaração de vontade outro pedido não fizer, terá que propor outra ação, *ex judicato*, para chegar à finalidade que se propunha e obter a posse da coisa. Imissão de posse. (C. P. C., art. 381, n. I).

Pode e deve, porém, seguir um caminho mais simples e reunir num só processo as duas ações: (GAUP e STEIN — ao § 897 da Ordenança alemã).

## XVI

*A execução da sentença*

A execução da sentença (sentido impróprio) na ação constitutiva fica entregue à atividade do vencedor. Se a sentença fôr nos termos do art. 1.006 do C. P. C., dêle fará extrair certidão, irá a cartório, fará lavrar a escritura, que levará a registro, tratando-se de direito real sobre imó-

vel. Se na forma da lei 649, levará logo a registro a sentença.

A execução da outra parte da sentença que condenar à entrega de coisa certa ou quantia certa, far-se-á na forma comum.

Se o vencedor também dever alguma contra-prestação, não se lhe dará certidão da sentença, antes que prove que de sua parte já cumpriu a obrigação que lhe incumbia ou constituiu em mora a contra-parte (C. P. C., art. 1.006, § 2.º).

## XVII

### A reforma da sentença executada

Se, em recurso extraordinário ou em ação rescisória a sentença fôr reformada, tudo se reduz ao estado *quo ante*. O efeito da sentença rescisória será *ex tunc*. É como se a sentença não houvesse suprido a declaração ou o contrato mesmo.

## XVIII

A natureza das cousas torna mais difícil a posição da parte que visa à entrega da coisa do que a pretende a entrega de certa importância em dinheiro.

Na promessa de venda, por exemplo, principalmente tratando-se de imóvel, mais cômoda é a situação do comprador.

Ao vendedor, porém, também está aberto o caminho da execução específica.

Obtido o título (a sentença) executará o comprador pelo pagamento do preço.

Reunirá no processo as duas ações (a constitutiva e a condenatória).

Para assegurar-se o pagamento poderá recorrer à medida preventiva do arresto, se para isso reunirem-se as condições necessárias.

# PARECERES

## Direito Internacional Privado — Da sucessão de estrangeiro que deixa cônjuge ou filho brasileiro

— Direito desde a Constituição de 1934, art. 134, para o cônjuge ou filho brasileiro, à aplicação da lei nacional do *de cuius* estrangeiro que lhes fôr mais favorável.

— Inconstitucionalidade face à Carta de 1937, art. 152, e à Constituição de 1946, art. 165, da disposição restritiva daquele direito constante do § 1.º do artigo 10.º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657 de 4-9-1942).

— Incumbe à lei adaptar-se à Constituição e não esta àquela.

PROF. HAROLDO VALADÃO

## PARECER

I. Consulta-se sobre qual a lei reguladora da validade intrínseca das disposições do testamento de A., de nacionalidade francesa, domiciliada no Rio de Janeiro, Brasil, onde fez testamento público em 2 de março de 1931 e faleceu a 20 de agosto de 1945, no estado de viúva, deixando duas filhas, uma, francesa, e outra, brasileira, tendo disposto de metade de todos os seus bens a favor da filha francesa.

II. Acrescenta-se que assim dispôs, de acordo com a lei brasileira, que reconhece a meação disponível, e contra a lei francesa que, mais favorável nesse passo à filha brasileira, só autorizava a disposição de terça parte dos mesmos bens.

III. Ao tempo da morte de A., quando da abertura de sua sucessão estava em vigor o seguinte preceito, sobre a matéria, e de

caráter básico, suprallegal: "Art. 152. A vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cuius*". (Carta de 10 de novembro de 1937).

Era a consagração de norma estabelecida pela Constituição de 16 de julho de 1934: "Art. 134. A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cuius*".

IV. Sobre a origem do texto na Assembléia Constituinte de 1933/1934, escrevemos em 1936: "O artigo se originou da emenda n.º 1.642 apresentada na última discussão do Projeto Constitucional, em 14 de abril de 1934, pelo deputado AGAMENON MAGALHÃES e outros, inclusive ALCANTARA MACHADO, que ao ser aprovada a mesma em sessão de 1.º de junho de 1934, assim justificou-a:

"Nesta hipótese, dava-se outrora ao interessado a faculdade de optar pela aplicação da lei pátria ao passo que hoje em dia, *ex-vi* do artigo precitado, essa aplicação é obrigatória.

A emenda do meu nobre colega, Sr. Agamenon Magalhães, restaura o que antigamente se dispunha a propósito, e, a meu ver, anda bem em fazê-lo, PORQUE A LEI NACIONAL DO FALECIDO